



Roj: **STSJ AND 709/2018 - ECLI: ES:TSJAND:2018:709**

Id Cendoj: **41091340012018100306**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **05/04/2018**

Nº de Recurso: **1884/2017**

Nº de Resolución: **1109/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE JOAQUIN PEREZ-BENEYTO ABAD**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 1884/17-C, sentencia nº 1109/18

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, MELILLA, CEUTA**

**SALA DE LO SOCIAL**

**SEVILLA**

**ILTMOS. SRES.:**

D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> ELENA DÍAZ ALONSO

D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> BEGOÑA GARCÍA ÁLVAREZ

**D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD**

En Sevilla, a cinco de Abril de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Iltmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA NÚMERO 1109/18**

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Hermenegildo , representado por el Sr. Letrado D. Juan C. Navarro Aguilar, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Córdoba en sus autos núm. 0949/16; ha sido **Ponente el Iltmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD, Magistrado**, quien expresa el parecer de esta Sala sobre la resolución que merece el presente recurso.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Según consta en autos, el recurrente fue demandante contra PATSUR GIGANT S.L., en demanda de despido, se celebró el juicio y el 15 de febrero de 2017 se dictó sentencia por el referido Juzgado, estimando la pretensión de declaración de improcedencia del despido, extinguiendo la relación laboral a fecha del despido y condenando a la empresa demandada a abonar la suma de 2.785,28€ de indemnización.

**SEGUNDO.-** En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"PRIMERO.- Hermenegildo ha prestado servicios por cuenta y orden de PATSUR GIGANT SL en el establecimiento de hostelería que esta mercantil explota en Córdoba, con la categoría profesional de jefe de cocina, antigüedad de 4/12/14 y salario mensual prorrateado de 1.466,97 €, sin ostentar ni haber ostentado cargo de representación legal o sindical de los trabajadores en el último año.



SEGUNDO.- El 4/8/16 el trabajador sufrió un accidente cardio vascular talámico izquierdo, lo que determinó baja e inicio de proceso de incapacidad temporal por contingencia común el 5/8/16 con diagnóstico "estenosis de arteria cerebro neom, infarto cerebro" (f. 54 y ss).

A la fecha del juicio el trabajador permanecía en situación de incapacidad temporal.

TERCERO.- La empresa hoy demandada procedió el 14/9/16 a la extinción de la relación laboral por causas objetivas con efectos de 3/10/16.

La carta obra al f. 13 y ss y la doy por reproducida en lo no expuesto. En ella se refiere una disminución de ventas debido a la Ley que prohíbe fumar en el interior de los establecimientos, la severa climatología sufrida en 2016 y la instalación de un ECO Punto frente al restaurante. Ello determinaba, según la carga, una reorganización del trabajo, para que los trabajadores asumieran diversas tareas y no tuvieran que existir varios en el mismo turno. Se fijaba una indemnización de 1.907,10 €.

CUARTO.- No consta el abono de la indemnización.

La empresa, tras el despido, contrató de manera temporal a otro trabajador con la misma categoría que el ahora demandante, trabajador que a fecha de juicio, sigue prestando sus servicios.

QUINTO.- En fecha 4/10/16 se presentaron papeletas de conciliación ante el CEMAC, habiéndose celebrado los preceptivos actos el 26/10/16 con el resultado de "intentado sin avenencia".

**TERCERO.-** El demandante recurrió en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnado.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia estimatoria de la pretensión impugnatoria de un despido objetivo, declarado improcedente por carente de causa objetiva que lo justifique, se alza el demandante por el cauce de los apartados b) y c) del art 193 LRJS, proponiéndose redacción alternativa de los hechos probados mediante la adición de otro; como la infracción del art. 53.4 ET y del art. 108.2 LRJS con el argumento de que se le debe aplicar la doctrina de la STJUE 1-12-16, C-395/15, Caso **Daouidi**.

**SEGUNDO.-** El recurrente pretende el que sea adicionado un hecho que diga que la empresa conocía, por medio de los partes médicos de baja y confirmación, que la duración de la situación de IT era duradera e incierta, y lo apoya en los doc de los f. 54 a 56, a lo que no se accede dado que lo pretendido es una conjetura y no un hecho que se pueda inferir de la literalidad de tales documentos; amen de que "duradera" e "incierto" son hechos futuros y por tanto referidos a fechas muy posteriores a la fecha del despido, y que además son una conjetura, como hemos dicho.

**TERCERO.-** El recurrente denuncia la infracción del art. 53.4 ET y del art. 108.2 LRJS con el argumento de que se le debe aplicar la doctrina de la STJUE 1-12-16 C-395/15, Caso **Daouidi**, con el argumento de que se le ha exigido una diligencia excesiva probatoria sobre "la intención del empresario y de qué conocimiento de la enfermedad del trabajador tenía". Solicita ahora en el escrito de formalización del recurso una indemnización adicional de 6.251€ por daños morales (sic).

Se nos plantea un caso en el que se pretende el que un despido se califique de nulo por discriminatorio ya que, se alega, la causa real es la incapacidad temporal en que se encontraba el trabajador.

Sentamos un primer criterio, **el momento del acto presuntamente discriminatorio, el despido del 3-10-16 es el único momento que se puede tener en cuenta**, y no el estado que presentaba el recurrente en el momento en que se celebró el juicio, como entiende la sentencia recurrida.

Sostenemos que ha de analizarse el estado de incapacidad del recurrente en la fecha del despido en la medida que la determinación carácter duradero o no de la limitación padecida por el trabajador es esencialmente fáctica, y por tanto la evaluación de la discapacidad debe efectuarse con los datos que se dispongan en el momento que se enjuicie el acto presuntamente discriminatorio, por ser el más cierto.

El precedente criterio parte del caso **Daouidi**, STJUE 1 de diciembre 2016, C-395/15 en el que el TJUE establece los siguientes criterios:

1. El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de una dolencia no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de duradera. Del mismo modo, el carácter temporal de una incapacidad no puede excluir la calificación de la limitación de su capacidad como duradera.



2. Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es duradera figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

3. Al comprobar ese carácter duradero, el enjuiciamiento del caso debe basarse en todos los elementos objetivos de que se disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

**CUARTO.-** El siguiente criterio que sostenemos lo es respecto del **concepto duradero de la limitación**.

Sostenemos que a los efectos de determinar el carácter duradero de la limitación, debe acreditarse que, como consecuencia de posibles secuelas, la limitación puede ser de larga duración y persistir más allá del tiempo medio necesario para curar una dolencia como la que sufre el recurrente. Con este criterio fijamos un parámetro cuantificable/objetivable (el tiempo medio para curar una dolencia como la que padecía el recurrente) que facilita su determinación y, además, circunscrita a una concreta patología.

Luego si al momento del acto presuntamente discriminatorio, el despido del 3-10-16, el tiempo medio de curación era de 120 días (vid f. 54 y 55) no se puede decir que la limitación era de larga duración ni que iba a persistir más allá del tiempo medio necesario para curar.

**QUINTO.-** Realizada la alegación respecto del conocimiento por el empresario del carácter duradero de la limitación, dado lo argüido en la sentencia, entendemos que carece de relevancia puesto que no dejaría de ser una apreciación subjetiva del empresario y por tanto es posible/probable que **el empresario tome la decisión sin saber, o eventualmente teniendo una percepción errónea, sobre el verdadero carácter duradero o no de la limitación** padecida por el trabajador en la fecha del acto presuntamente discriminatorio, de modo que nos llevaría a plantearnos si en el momento que se produjo dicho acto, que se pretende sea declarado discriminatorio, era razonable o no el que el empresario estimara que la incapacidad no sería duradera.

**SEXTO.-** Concluyendo sostenemos, contra el criterio del TS que dice que **la discapacidad** solo puede ser considerada como un estatus que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, lo que el TJUE entiende sobre este concepto que se refiere a aquella en la que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo periodo, esto es, **la limitación de que se trate exige la probabilidad de que sea de larga duración** y ello tras la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad que obliga a que la Directiva 2000/78 debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con la misma.

La **definición de la discapacidad** en el párrafo 2º del art. 1 que dispone que "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás." lleva a que en el caso Danmark (STJUE 11 de abril 2013, C-335/11 y C-337/11 ) el TJUE adopta una definición funcional del concepto de discapacidad, a partir de los elementos que contiene esa definición, y así se nos dice que:

a) Debe entenderse como **referido a una limitación** , derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

b) Debe entenderse en el sentido de que no solo abarca la imposibilidad de ejercer una actividad profesional, sino también una dificultad para el ejercicio de esta. Una interpretación distinta será incompatible con el objetivo de esa Directiva, que pretende, en particular, que una persona con discapacidades pueda acceder a un empleo o ejercerlo o tomar parte en él.

c) Es indiferente la causa de la discapacidad. La Directiva 2000/78 comprende las discapacidades de nacimiento, debidas a accidentes o las causadas por una enfermedad.

De modo que, en conclusión: "si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78."

En suma, **ya no hay separación entre enfermedad y discapacidad**, lo que implica que a efectos del enjuiciamiento de estos casos, **lo esencial es la determinación de si la duración de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales son lo suficientemente prolongadas como para entender que pueden**



**quedar subsumidas en el concepto de discapacidad** descrito. Especialmente porque ni la Convención define el concepto del carácter "a largo plazo" ni la Directiva precisa el de limitación duradera de la capacidad.

Como empieza a apuntar el TS, en la STS 3 de mayo 2016 rec. 3348/2014, el hecho de que haga referencia a la corta duración de la incapacidad temporal padecida por un trabajador despedido, invita a pensar que se estarían sentando las bases para la concreción de un cambio doctrinal en el momento en que el TS hace referencia explícita a la duración de la incapacidad, pues está admitiendo que no puede descartarse categóricamente que la enfermedad no pueda equipararse a la discapacidad y que la duración de la baja, la limitación, es el elemento determinante para posibilitar esta equiparación.

Sin mas que añadir, confirmamos la sentencia por argumentos diversos a los en ella contenidos, tras el fracaso del recurso y sin pronunciarnos sobre la cuestión nueva planteada. **Una dolencia que a la fecha del supuesto acto discriminatorio le restaban 60 días para la curación y alta no puede equipararse a la discapacidad.**

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

## FALLAMOS

Con **desestimación del recurso** de suplicación interpuesto por D. Hermenegildo, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Córdoba en sus autos núm. 0949/16, en los que el recurrente fue demandante contra PATSUR GIGANT S.L., en demanda de despido, y como consecuencia **confirmamos dicha sentencia**.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS.

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos"; b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción"; c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.